

Paola Licci

**LA COMPETENZA CAUTELARE
NELLE CONTROVERSIE
DEVOLUTE AD ARBITRI**

Estratto

La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri

PAOLA LICCI

1. *I criteri generali per l'attribuzione della competenza cautelare.* — Le norme sulla competenza nel procedimento cautelare uniforme manifestano la tendenza del legislatore a far coincidere la competenza per la cautela con quella per il merito, consentendo così che la richiesta dei provvedimenti tipici e atipici sia proposta innanzi al giudice competente per il merito — qualora il giudizio ordinario non sia ancora stato introdotto — o davanti al giudice già adito per la tutela di merito, per l'ipotesi di richiesta di provvedimenti cautelari in corso di causa ⁽¹⁾.

In altri termini la competenza cautelare è ancorata alla reale competenza per il merito.

Ratio della scelta è facilitare l'individuazione dei criteri di determinazione della competenza cautelare, raccordando la cognizione cautelare con quella di merito, coerentemente con il carattere strumentale (oggi attenuato o

⁽¹⁾ Gli artt. 669 *ter*, *quater* e *quinquies* c.p.c. sono frutto della riforma del 1990, attuata con l. 26 novembre 1990, n. 353, volta, nel campo cautelare, a semplificare e uniformare la disciplina dei provvedimenti, creando allo scopo un procedimento destinato a regolare tutti i tipi di cautela contemplati nel codice di rito, nel codice civile e nelle leggi speciali (nei limiti di quanto stabilito dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.). In tale ottica di uniformità e semplificazione si pongono anche le regole di competenza. Prima dell'intervento legislativo del 1990, il proliferare di modelli e regole procedurali diversi, quasi sempre estremamente lacunosi, imponeva, per l'individuazione del giudice competente ad emettere la cautela, sforzi ermeneutici notevoli. Il sistema ante riforma prevedeva infatti diverse competenze cautelari in base alla misura richiesta e, in alcuni casi, a seconda del momento in cui la domanda cautelare veniva proposta. In particolare erano competenti: *a*) il giudice di merito, per il sequestro, la denuncia di nuova opera e di danno temuto, il provvedimento d'urgenza, chiesti lite pendente; per i provvedimenti di istruzione preventiva, nei casi in cui non ricorresse l'"eccezionale urgenza"; *b*) il giudice dell'esecuzione, per il sequestro, in alternativa al giudice di merito e necessariamente nei casi in cui il giudice civile ordinario fosse sfornito di competenza a decidere il merito; per i provvedimenti di istruzione preventiva nei casi di eccezionale urgenza; *c*) il giudice del luogo del fatto dannoso, per la denuncia di nuova opera e di danno temuto e per i provvedimenti d'urgenza *ante causam*.

La presenza di tanti criteri, non sempre chiari, comportava sul piano applicativo serie difficoltà nell'individuare il giudice competente.

eventuale per le misure cautelari a contenuto anticipatorio) ⁽²⁾ dei provvedimenti cautelari.

Vengono così meno le ipotesi di competenza per materia legate al luogo di esecuzione della misura o al luogo di verifica dell'evento dannoso paventato. Competente per la cautela, secondo la regola generale rinvenibile negli artt. 669 *ter* e *quater* c.p.c., sarà il giudice che tratta la causa di merito o quello dinanzi al quale la futura controversia sarà promossa ⁽³⁾.

Tuttavia, non mancano all'interno delle citate norme eccezioni alla regola generale; eccezioni che si manifestano ogniqualvolta l'organo chiamato a decidere nel merito non possa avere potestà cautelare.

In tali ipotesi, il meccanismo utilizzato per individuare il giudice dotato del potere di emettere provvedimenti cautelari è quello che guarda alla competenza virtuale per il merito, ovvero quella che avrebbe potuto operare nella fattispecie se la competenza di merito non fosse stata affidata ad un organo privo di poteri cautelari.

Così, quando la competenza reale del merito sia affidata per materia o per valore all'ufficio del giudice di pace, la domanda cautelare deve proporsi al tribunale territorialmente competente in ragione della competenza territoriale del giudice di pace. Ed infatti, il giudice di pace, non troppo diversamente dagli arbitri ⁽⁴⁾, è sprovvisto del potere di emanare provvedimenti cautelari ⁽⁵⁾.

Ratio della privazione del potere cautelare in capo al giudice di pace è quella di evitare che un giudice non togato eserciti delicati poteri capaci di

⁽²⁾ V. *infra* nota 52.

⁽³⁾ Le regole di competenza previste dagli artt. 669 *ter* - *quinquies* c.p.c. sono sensibili al principio della *perpetuatio iurisdictionis*, in forza del quale la competenza e la giurisdizione sono determinate dalla situazione di fatto e dalle regole di diritto vigenti al momento della proposizione della domanda (art. 5 c.p.c.). Ne consegue che, come per il processo a cognizione piena, anche per il giudizio cautelare, per individuare il giudice competente occorrerà avere riguardo alle regole vigenti al momento della proposizione del ricorso cautelare. Sicché, quando la domanda di cautela sia proposta prima della domanda di merito, per determinare la competenza si farà riferimento al momento di proposizione della prima domanda. In tal senso, RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni, Consolo, II, 1, Torino, 2005, 362.

⁽⁴⁾ Peraltro, l'assenza di potestà cautelare in capo agli arbitri non può più dirsi assoluta in seguito alla riforma del processo societario, ovvero in presenza dell'art. 35, co. 5, d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, che attribuisce loro il limitato potere di sospendere la delibera assembleare innanzi ad essi impugnata.

⁽⁵⁾ La l. n. 353/1990 (unitamente alla l. n. 374/1991, istitutiva dei giudici di pace, il cui art. 39 prevede che ogni riferimento al conciliatore debba intendersi fatto al giudice di pace) ha confermato un atteggiamento di sfavore in materia cautelare nei confronti della figura del giudice onorario, inibendo a quest'ultimo la competenza ad emettere provvedimenti cautelari tanto in caso di domanda *ante causam* che in corso di causa, con la sola eccezione prevista per i provvedimenti di istruzione preventiva che non sono soggetti alla disciplina del procedimento cautelare uniforme in punto di competenza. Il giudice di pace può inoltre in ogni caso disporre la rimessione in pristino *ex art. 669 novies*, co. 3, c.p.c. in quanto è da ritenere che tale misura non abbia natura cautelare. Cfr. LUISSO, in Consolo, Luiso, Sassani, *La riforma del processo civile. Commentario*, II, *Il giudice di pace e la legge n. 477/92 di entrata in vigore parziale della riforma*, Milano, 1993, 280; ID., *Diritto processuale*, cit. 211.

alterare la parità delle armi ⁽⁶⁾ e operi in un campo caratterizzato dalla natura sommaria della cognizione, sulla cui base vengono adottate misure destinate a incidere su diritti sostanziali, e alla quale si accompagna un esercizio del cosiddetto *imperium iudicis* accentuato dal correlativo potere di attuazione dei provvedimenti ⁽⁷⁾.

Le ragioni più storiche che tecniche ⁽⁸⁾ di tale scelta hanno indotto parte della dottrina ⁽⁹⁾ a invocare una revisione della disciplina della competenza del giudice di pace, al fine di poter estendere anche a esso il potere di emettere provvedimenti cautelari per le controversie in cui sarebbe competente per il merito ⁽¹⁰⁾.

D'altra parte, se può decidere per la tutela di merito (che costituisce una fetta più rilevante del contenzioso), non si vede perché non possa decidere per la tutela cautelare che comunque — eventualmente — inciderebbe su diritti rispetto ai quali il giudice di pace ha già il potere di decidere ⁽¹¹⁾.

Analogo ragionamento potrebbe altresì valere in relazione al divieto sancito dall'art. 818 c.p.c. per gli arbitri.

Seconda deroga alla regola contenuta nel co. 1 dell'art. 669 *ter* c.p.c. è quella prevista per l'ipotesi in cui la causa di merito sia estranea alla giurisdizione del giudice italiano ⁽¹²⁾: la domanda deve essere proposta al giudice che

⁽⁶⁾ Cfr. VIOLANTE, *Il giudice di pace e la tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 89.

⁽⁷⁾ In argomento v. ROTA, *Giudice di pace (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, 2008, 303.

⁽⁸⁾ V. in tal senso LUIO, *La riforma dei provvedimenti cautelari*, in *Doc. giustizia*, 1990, 47 ss.

⁽⁹⁾ Così LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2017, 209, il quale ritiene che la regola della sottrazione del potere cautelare al giudice di pace sia del tutto ingiustificata.

⁽¹⁰⁾ La questione è stata anche oggetto di esame della Consulta (C. cost., (ord.) 14 marzo 1997, n. 63, in *Giur. cost.*, 1997, 662. V. anche C. cost., (ord.) 5 marzo 1998, n. 44, *ivi*, 1998, 514.) che è stata investita della legittimità costituzionale dell'art. 669 *ter* c.p.c. nella parte in cui non consente ai giudici di pace di emettere provvedimenti cautelari. L'ordinanza di rimessione aveva fatto leva sul fatto che la disposizione normativa crea una ingiusta e inutile disparità di trattamento (con violazione dell'art. 3 cost.) tra giudici togati e non, determinando una surrettizia gerarchia tra di essi, risultando altresì irragionevole. L'esclusione, inoltre, provoca ritardi procedurali ostativi al buon andamento dell'amministrazione giudiziaria. Tuttavia la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 669 *ter* c.p.c., affermando che la scelta del legislatore di escludere i giudici di pace dal potere di emettere provvedimenti cautelari *ante causam* non travalica il limite di ragionevolezza imposto al suo potere di conformare il processo, tanto più in quanto il giudice di pace decide secondo equità (art. 113, co. 2) il merito dei giudizi il cui valore non eccede lire due milioni (oggi millecento euro e, a partire dal 31 ottobre 2021, data di entrata in vigore del d. Lgs. 13 luglio 2017, n. 116, duemilacinquecento euro), attività, questa, ben difficilmente conciliabile con l'apprezzamento del *fumus boni iuris*.

Inoltre, per il Giudice delle leggi, trattandosi di normativa concernente il modo di esercizio della funzione giurisdizionale, non può venire in considerazione il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, essendo nella discrezionalità del legislatore la scelta di distribuire le competenze tra i vari organi giurisdizionali.

⁽¹¹⁾ Così LUIO, *ibidem*.

⁽¹²⁾ Per quanto riguarda i limiti alla giurisdizione italiana in materia cautelare, giova ricordare che la giurisdizione per le misure cautelari nei confronti dei soggetti residenti all'estero è attribuita al giudice italiano, oltre che nel caso in cui questi sia munito di

sarebbe competente, per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.

In altri termini, la competenza cautelare si determina, quanto alla competenza verticale, guardando ai criteri per materia e per valore (sarà quindi competente il tribunale atteso che è escluso il giudice di pace dal co. 2 dell'art. 669 *ter* c.p.c.); con riferimento alla competenza orizzontale, avendo riguardo al luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.

Presupposto perché possa operare tale deroga è che il giudice italiano non abbia giurisdizione per il merito. Non è invece riferibile all'ipotesi in esame quella in cui vi siano plurime competenze per il merito della controversia e tra queste risulti anche quella italiana. In questo caso, infatti, non può applicarsi il foro del luogo di esecuzione del provvedimento cautelare, essendo il giudice italiano comunque eventualmente competente per il merito, seppur in concorrenza con altri giudici. Ne consegue che l'istanza cautelare *ante causam* in siffatta ipotesi va proposta al giudice italiano che sarebbe competente per il merito ⁽¹³⁾.

Costituisce ancora deroga alla regola generale che vuole ancorare la competenza cautelare a quella reale di merito la previsione contenuta nell'art. 669 *quater* co. 1 c.p.c. per l'ipotesi di pendenza dei termini per proporre impugnazione. In questo caso, la competenza cautelare è affidata al giudice *a quo*, ossia a colui che ha pronunciato la sentenza da impugnare, ancorché egli non sia più giudice del merito, atteso che ha esaurito la sua funzione con la pronuncia della sentenza.

2. *La competenza cautelare nelle controversie devolute ad arbitri.* — Si è visto che quando non sia possibile ancorare la competenza cautelare a quella reale per il merito, il legislatore opta per individuare il giudice della cautela guardando alla competenza virtuale per il merito.

Analoga regola opera quando la competenza per il merito della causa sia devoluta ad arbitri: essendo questi sprovvisti di competenza cautelare ai sensi dell'art. 818 c.p.c. ⁽¹⁴⁾, non sarà possibile far coincidere la competenza del

giurisdizione per la successiva causa di merito, anche quando il provvedimento cautelare debba eseguirsi in Italia (art. 10, l. 31 maggio 1995, n. 218).

⁽¹³⁾ L'art. 669 *ter* c.p.c., per espresso richiamo contenuto nell'art. 669 *quater* c.p.c., si applica anche all'ipotesi in cui la causa di merito già penda davanti ad un giudice straniero, e sempre che il giudice italiano non abbia giurisdizione.

⁽¹⁴⁾ La *ratio* del divieto è tradizionalmente ravvisata nella mancanza di poteri coercitivi in capo agli arbitri. Per ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 750, la privazione del potere di emettere misure cautelari da parte degli arbitri dovrebbe spiegarsi con la mancanza delle necessarie garanzie di indipendenza, indispensabili per la pronuncia di provvedimenti idonei ad incidere sulla realtà sostanziale. La scelta del legislatore non è esente da critiche soprattutto in considerazione del fatto che essa non corrisponde a quella della maggioranza degli ordinamenti stranieri: v. LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in questa *Rivista*, 1991, 253; CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione del disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1259 ss. Il superamento della

merito con quella cautelare, essendo solo la prima, in virtù della scelta compiuta dalle parti, affidata ai giudici privati.

Posto che la tutela cautelare è costituzionalmente necessaria tanto quanto quella di merito, ai sensi dell'art. 24 cost., e mancando l'arbitro di potestà cautelare, il legislatore si è preoccupato di individuare chi possa emettere la cautela.

Si è così stabilito che la giurisdizione cautelare resti statale e, più esattamente, che venga esercitata dal giudice che sarebbe stato competente ove le parti non avessero deciso di ricorrere ad arbitri per la risoluzione della loro controversia.

La tutela cautelare è quindi impartita dal giudice statale non però in funzione del regolare svolgimento del giudizio arbitrale, né al fine di eseguire un controllo sull'operato degli arbitri o sul contenuto della convenzione arbitrale, bensì in funzione della tutela di merito che le parti hanno deferito ad arbitri e della sua effettività ⁽¹⁵⁾.

In altre parole, il giudice chiamato a svolgere la funzione cautelare non è tenuto ad eseguire un controllo sull'arbitrato, ma solo a indagare incidentalmente sull'esistenza e validità dell'accordo compromissorio, non al fine di decidere sull'*an* della concessione della cautela, ma solo sul *quomodo* ⁽¹⁶⁾.

Giudice competente per la cautela in caso di clausola compromissoria o di pendenza del giudizio arbitrale è, ai sensi dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., il giudice che, per materia, valore e territorio, sarebbe stato competente a conoscere del merito in assenza di convenzione arbitrale.

La competenza cautelare del giudice statale sussiste dunque tanto quando le parti abbiano stipulato una clausola compromissoria e, quindi, prima del sorgere della controversia (quando sia già palesata la scelta per lo strumento arbitrale), quanto durante la pendenza della lite davanti ad arbitri.

Mentre non crea problemi l'ipotesi di clausola compromissoria, atteso che basta verificare la sua sussistenza per attribuire la competenza al giudice *ex art. 669 quinquies* c.p.c., la pendenza della lite arbitrale non è sempre di facile individuazione.

regola per cui gli arbitri non possono concedere provvedimenti cautelari si è avuto ad opera dell'art. 35, 5° co., d.lg. n. 5/2003, che consente agli arbitri, se la clausola compromissoria statutaria devolve loro anche la competenza sulla validità delle delibere assembleari, di sospendere in via cautelare l'efficacia di tali delibere. Sul tema v. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, Milano, 2007. Sulla possibilità di conferire agli arbitri poteri cautelari, v. di recente il progetto elaborato dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Alpa. Per un commento a tale proposta normativa v. ODORISIO, *Poteri cautelari agli arbitri: la proposta della Commissione Alpa*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 104 ss.; BIAVATI, *Brevi osservazioni sulla relazione della Commissione Alpa: tutela cautelare e ricorso per saltum*, in *Giur. arb.*, 2017, 121; CARPI, *Le proposte della Commissione Alpa in materia di arbitrato: tutela cautelare e impugnazione del lodo*, *ivi*, 114.

⁽¹⁵⁾ In tal senso BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2010, 17.

⁽¹⁶⁾ Così BRIGUGLIO, *ivi*, 18, il quale ritiene che l'arbitrato non sia « il presupposto bensì un semplice accidente rispetto all'esercizio della giurisdizione statale cautelare ».

In particolare, è dubbio se sia ascrivibile alla “pendenza del procedimento arbitrale” quella di pendenza dei termini per l’impugnazione del lodo. Diverse le soluzioni possibili (17).

Secondo un orientamento, è possibile trasporre la definizione di pendenza del giudizio ordinario a quello arbitrale. In tal modo, il procedimento per arbitri può dirsi pendente fino al “passaggio in giudicato” del lodo, ossia fino al momento in cui la decisione arbitrale non è più impugnabile. Sicché, quando i termini per impugnare il lodo non siano ancora decorsi, il procedimento arbitrale è da intendersi ancora pendente, con conseguente competenza cautelare in capo al giudice che sarebbe stato competente per il merito *ex art. 669 quinquies* (18).

Ad analoga conclusione (cioè all’applicazione dell’art. 669 *quinquies* c.p.c. nel caso di pendenza dei termini per impugnare), può giungersi considerando che, nel tempo che va dalla pronuncia del lodo alla sua impugnazione, è comunque soddisfatta una delle condizioni poste dall’art. 669 *quinquies* per l’attribuzione della competenza al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito: la presenza di una clausola compromissoria.

Stesso a dirsi ove si volesse porre sullo stesso piano la pendenza dei termini per l’impugnazione del lodo a quella dei termini per l’impugnazione della sentenza, applicando analogicamente l’art. 669 *quater* c.p.c. Ai sensi di quest’ultima norma, la competenza spetta al giudice che ha pronunciato la sentenza. Tuttavia, in caso di arbitrato, il “giudice” che ha deciso nel merito non ha poteri cautelari, sicché l’applicazione analogica dell’art. 669 *quater* c.p.c. dovrebbe subire degli adattamenti: giudice competente per la cautela dovrebbe essere allora il giudice che, in assenza di patto compromissorio, avrebbe potuto decidere nel merito in luogo degli arbitri.

In tal caso, però, occorre operare un distinguo. Ove il giudice che « sarebbe stato competente per il merito » è il tribunale in composizione monocratica, *nulla quaestio*: la domanda si propone all’istruttore. Quando invece il giudice che avrebbe dovuto pronunciare la sentenza è collegiale, occorre fare riferimento alle alternative previste dall’art. 669 *quater* c.p.c.: o sarà competente l’organo collegiale che avrebbe dovuto effettivamente pronunciarsi sul merito, o sarà competente il giudice istruttore (19).

(17) Per una ricostruzione completa delle soluzioni in caso di pendenza dei termini per impugnare v. CONSOLO, *sub art. 669 quinquies*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, III, Milano, 2013, 259 ss.

(18) TARZIA, *Pendenza del termine per impugnare e litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1087; MONTELEONE, *Litispendenza*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990; RICCI G.F., *Litispendenza*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 64; FRUS, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 557.

(19) Qualora giudice del merito sia un giudice in composizione collegiale, quale ad esempio, la Corte d’Appello, manca il giudice istruttore cui fa riferimento l’art. 669 *quater*, co. 2, per l’individuazione del giudice competente sulla cautela, sicché si ritiene che la norma non possa applicarsi. Resta da vedere se debba essere investito il capo dell’ufficio dinanzi al quale

Quando invece il giudizio di impugnazione è pendente, la competenza cautelare spetta, ai sensi dell'art. 669 *quater* c.p.c., al giudice competente per il merito, ossia la Corte d'Appello per l'impugnazione del lodo rituale, e il tribunale per quella del lodo libero. Ove la Corte d'Appello sia adita quale giudice dell'impugnazione, la domanda — se si sposa l'idea che la sua trattazione sia collegiale⁽²⁰⁾ — sarà decisa dal collegio.

Una volta annullato il lodo, venuta quindi meno la competenza nel merito della Corte d'Appello, la domanda cautelare deve essere proposta al tribunale che sarebbe stato competente per il merito prima dell'inizio del giudizio arbitrale. Ciò si verifica tanto quando le parti manifestino la loro volontà di mantenere ferma la via arbitrale anche dopo l'annullamento del lodo, in quanto la competenza cautelare è determinata *ex art. 669 quinquies*, quanto quando rinuncino ad un nuovo giudizio arbitrale per adire le vie ordinarie. In tale ultimo caso, infatti, in applicazione dell'art. 669 *ter* (o 669 *quater* se si opta per la proposizione della domanda cautelare in corso di causa), giudice della cautela è sempre quello competente per il merito.

Tuttavia occorre rilevare che i poteri nel merito della Corte d'Appello dopo l'annullamento del lodo cessano in forza della volontà delle parti di sottrarre al giudice di seconda istanza il giudizio rescissorio. Sicché potrebbe diversamente obiettarsi che, nonostante la Corte d'Appello abbia esaurito i propri poteri decisori — visto che la causa di merito non ha subito il giudizio rescissorio ma è stata sottoposta nuovamente alla decisione degli arbitri o del tribunale — la competenza cautelare spetti sempre ad essa poiché è il « giudice che sarebbe stato competente a conoscere per il merito » in mancanza di diversa volontà delle parti.

pende il processo o se la competenza per la fase cautelare spetti al collegio in quanto giudice competente per il merito. Ci sembra che la seconda soluzione sia più corretta. Ed invero, l'art. 669 *terdecies* c.p.c. prevede che quando il provvedimento cautelare sia stato emesso dalla Corte d'Appello, il reclamo si propone ad "altra sezione" della stessa Corte, implicitamente riconoscendo che il provvedimento sia emesso dal collegio (*rectius* da una sezione, *ergo* un collegio) e non dal giudice singolo. Altrimenti, se fosse possibile l'emanazione di un provvedimento cautelare da parte di un giudice singolo in sede di appello, non si spiegherebbe perché il legislatore nell'individuare il giudice dell'impugnazione della misura cautelare non abbia previsto che essa debba proporsi al collegio, piuttosto che (come di fatto è) ad altra sezione della Corte, parallelamente a quello che accade quando il provvedimento è emesso dal giudice singolo del tribunale, allorché la causa di merito penda in primo grado. (Così LUIO, *Diritto processuale*, cit., 211; VERDE, in Verde, Di Nanni, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990 n. 353, Legge 21 novembre 1991 n. 374, Legge 4 dicembre 1992 n. 477*, Torino, 1993, 450; TARZIA, SALETTI, *Processo cautelare*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 844). Cfr. CONSOLO, *Codice*, cit. Sul punto v. LICCI, *Commento all'art. 669 ter-quinquies*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, Torino, 2014, 1088 ss., anche per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁽²⁰⁾ CONSOLO, in Consolo, LUIO, Sassani, cit., 596. *Contra* LUIO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in questa *Rivista*, 1995, 26, secondo cui la trattazione dell'impugnazione per nullità non è collegiale ma affidata al giudice istruttore. Ancora diversa la posizione di VACCARELLA, *Lodo rituale e sospensione dell'esecutività dopo la riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, per cui occorre distinguere tra trattazione della fase rescindente e di quella rescissoria. La prima affidata al collegio, la seconda all'istruttore.

Ci sembra tuttavia che tale opzione provi troppo. L'eventuale rinuncia alla fase rescissoria potrebbe infatti porsi sullo stesso piano della competenza convenzionale visto che quando è manifestata la volontà delle parti di derogare alla competenza per il merito ciò implica che anche la competenza cautelare sia veicolata verso il giudice scelto dai litiganti⁽²¹⁾. Non si vede quindi perché la rinuncia al rescissorio, con attribuzione del potere di decidere nel merito all'arbitro o al giudice, debba essere trattato diversamente: anche qui le parti "derogano" alla competenza della Corte d'Appello, rinunciando al giudizio rescissorio, e scelgono per il merito — e quindi anche per la cautela — un giudice diverso, ossia quello che è competente in primo grado o che lo sarebbe stato se le parti non avessero scelto nuovamente la via arbitrale.

3. *Arbitrato irrituale e potestas iudicandi in materia cautelare.* — Prima della l. n. 80/2005, che ha parzialmente modificato la disciplina del procedimento cautelare uniforme, in mancanza di una espressa indicazione a riguardo, era dubbio se, per l'ipotesi di arbitrato libero, fosse applicabile l'art. 669 *quinquies* c.p.c. o se, per converso, ove le parti avessero optato per risolvere la loro lite attraverso una determinazione contrattuale, non fosse possibile ottenere alcuna tutela cautelare, in assenza anche di riferimenti che consentissero di individuare il giudice competente.

Nel silenzio normativo si discuteva, più in generale, se, in caso di opzione per l'arbitrato irrituale, le parti potessero ottenere tutela cautelare⁽²²⁾. Ed infatti, né l'art. 669 *quinquies* c.p.c. (sulla competenza cautelare in caso di arbitrato), né l'art. 669 *octies* c.p.c. (sull'accoglimento della misura e sulla necessità di instaurare il merito attraverso — co. 5 — la proposizione della domanda di arbitrato a pena di perdita di efficacia della cautela) contenevano alcun riferimento all'arbitrato libero⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Questa soluzione non confligge con il divieto di deroga alla competenza cautelare *ex* art. 28 c.p.c. atteso che, dopo la novella del 1990, tale inderogabilità va intesa non con riferimento alla competenza cautelare, quanto alla necessaria coincidenza del giudice della cautela con quello di merito. Sia consentito sul punto rinviare a LICCI, *Commento*, cit., 1074.

⁽²²⁾ In dottrina sul rapporto tra tutela cautelare e arbitrato irrituale v. SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in questa *Rivista*, 1995, 710 ss. LEVONI, *Arbitrato libero e misure cautelari ovvero la capra e i cavoli*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 441; BRIGUGLIO, *La riforma dell'arbitrato del 1983: soluzioni giurisprudenziali ed implicazioni sistematiche*, in questa *Rivista*, 1991, 437; MURRA, *Ancora sull'ammissibilità dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. in pendenza di arbitrato irrituale* in *Giur. di Merito*, 1990, 274; CARPI, *I procedimenti*, cit., 1263. Sui termini del dibattito intorno alla compatibilità tra arbitrato irrituale e tutela cautelare v. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 292 ss.

⁽²³⁾ I sostenitori della incompatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale fondano la propria tesi sull'idea che l'opzione per l'arbitrato libero costituisca una rinuncia alla giurisdizione statale, sicché ne deriva automaticamente la rinuncia anche a quella cautelare (oltre che di merito).

Secondo questa opzione, inoltre, osterebbe alla concessione della tutela cautelare in arbitrato libero la previsione dell'art. 669 *novies* c.p.c. in forza del quale la cautela perde efficacia se, in caso di arbitrato, la parte non presenta domanda di esecutorietà del lodo entro

Una prima soluzione al dibattito sul rapporto tra cautela e arbitrato irrituale è venuta dalla Corte costituzionale ⁽²⁴⁾ che, investita della verifica di compatibilità tra gli artt. 669 *quinquies* e 669 *octies* c.p.c. e gli artt. 3 e 24 cost., ha ritenuto che la tutela cautelare sia sempre possibile, anche in presenza di un accordo arbitrale libero.

Per la Consulta, la questione della compatibilità tra cautela e arbitrato irrituale non involgerebbe problemi di legittimità costituzionale, ma questioni di interpretazione del sistema normativo e della volontà contrattuale delle parti, « la cui soluzione spetta alla giurisprudenza comune, alla luce dei principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria e di disponibilità, entro i limiti delle norme imperative, dei diritti spettanti alle parti in relazione a vicende in cui si estrinseca la loro autonomia contrattuale ».

Stando ad una interpretazione sistematica quindi, nessun ostacolo alla tutela cautelare vi era anche prima della riforma del 2005.

i termini previsti dalla legge. Dal momento che peculiarità del lodo irrituale è quella di non essere suscettibile di *exequatur*, la necessaria eseguibilità dello stesso per la conservazione di efficacia del provvedimento cautelare lo renderebbe incompatibile con la cautela. In dottrina v. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 393; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. processuale*, 1991, 384. Così Cass., 17 giugno 1993, n. 6757; Cass., 25 novembre 1995, n. 12225; T. Torino, 4 dicembre 1995, in questa *Rivista*, 1995, 709, con nota critica di SASSANI, *Intorno alla compatibilità*, cit.; T. Rimini, 8 settembre 2003; T. Grosseto, 17 gennaio 2003; T. Bologna, 26 settembre 1997; T. Verona, 18 ottobre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 177; T. Bologna, 9 luglio 1998, in *Resp. civ.*, 1999, 785, con nota di MURONI. Altra è la posizione di chi, facendo leva sulla necessità costituzionale della tutela cautelare, ammette che anche in presenza di un patto compromissorio per arbitrato libero gli interessati possano ottenere le misure più idonee per garantire la fruibilità della tutela arbitrale e per far fronte all'eventuale tardività della stessa (CONSOLO, in Consolo, Luiso, Sassani, cit., 458; SASSANI, *op. loc. cit.*). Né sarebbe da ostacolo a tale soluzione il fatto che il legislatore preveda dei termini perentori per l'inizio del procedimento di merito atteso che per "procedimento di merito" deve intendersi la sede in cui la controversia viene decisa, e quindi anche eventualmente il procedimento arbitrale irrituale. D'altra parte, la dizione "irrituale" non implica che l'arbitrato manchi di un procedimento per giungere alla decisione, ma solo che esso abbia forme diverse. Tanto è confermato dalla regolamentazione legislativa dell'arbitrato libero che nel 2006 trova nell'art. 808 *ter* c.p.c. una disciplina. Dalla regolamentazione dell'arbitrato discende solo la conseguenza che "libero" non possa più significare privo di regole che lo disciplinino. Viene in altre parole confermato che l'arbitrato irrituale è comunque un procedimento arbitrale di merito che, più semplicemente, si svolge secondo modalità diverse da quelle disciplinate dagli artt. 806 ss. c.p.c.; modalità che, appunto, sono irrituali. (In tal senso v. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 2007, 25 e in *www.judicium.it*; Id., *Arbitrato irrituale*, in *Digesto civ.*, Agg. I, Torino, 2007, 112). Ne consegue che scegliere l'arbitrato irrituale non vuol dire scegliere un "non procedimento", ma significa optare per un giudizio procedimentalizzato secondo modalità, appunto, "irrituali". Si tratta comunque di un procedimento di merito, non diverso da quello giurisdizionale o arbitrale rituale. Ne consegue che con l'espressione procedimento arbitrale da iniziare entro un termine perentorio ben può essere inteso, quindi, anche quello libero ossia quel procedimento nel quale vengano decisi i diritti in contesa.

⁽²⁴⁾ C. cost., 5 luglio 2002, n. 320, in questa *Rivista*, 2002, 85 ss., con nota di AULETTA, « *Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni non costituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali* »: *la disapplicazione del principio in materia di arbitrato e tutela cautelare*, e *ivi*, 503, con nota di SASSANI, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*.

Tuttavia, a voler eliminare ogni dubbio, il legislatore, seguendo quanto già introdotto nel procedimento cautelare societario *ex art. 5, d.lg. n. 35/2003* ⁽²⁵⁾, ha previsto che « se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali », la domanda cautelare si propone al giudice che sarebbe stato competente se la convenzione arbitrale non fosse mai stata stipulata ⁽²⁶⁾.

Il legislatore, in altri termini, riconosce esplicitamente la possibilità di tutela cautelare anche in costanza di arbitrato libero, affidando la competenza al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

La nuova disposizione se da un lato chiarisce la questione sulla compatibilità tra arbitrato irrituale e cautela, dall'altro genera nuovi problemi atteso che essa non si coordina con altre norme del procedimento cautelare unificatorio. In particolare, il problema sorge allorché, concessa una misura cautelare conservativa ⁽²⁷⁾, il legislatore prevede la necessaria instaurazione del giudizio di merito a pena di perdita di efficacia della misura.

Occorre chiedersi in che modo possa assicurarsi il collegamento tra procedimento cautelare *apud iudicem* e procedimento arbitrale di merito, mancando l'arbitrato irrituale di un atto equiparabile alla domanda di arbitrato, richiesta dall'art. 669 *octies*, co. 5, c.p.c.

Diverse le soluzioni offerte.

Se da una parte vi è chi ritiene che il ricorso alla tutela cautelare comporti la perdita di efficacia dell'accordo compromissorio, con conseguente onere di iniziare il giudizio di merito dinanzi al giudice ordinario ⁽²⁸⁾, dall'altra si sostiene che l'ammissibilità della richiesta di tutela cautelare in caso di

⁽²⁵⁾ L'art. 35, d.lg. n. 5/2003 prevede tuttora (essendo l'arbitrato societario l'unico procedimento in ambito commerciale non abrogato dalla l. n. 69/2009 e dal d.lg. n. 28/2010) che « la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 *quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera ».

⁽²⁶⁾ Per un commento al nuovo art. 669 *quinquies* c.p.c. v. TOTA, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, III, 2, Padova, 2007, 156 ss.; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in, *Riv. dir. processuale*, 2005, 783 ss.; BALENA, in Balena, Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 322 ss.; LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 216 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it.

⁽²⁷⁾ La necessaria strumentalità con il merito è oggi limitata alle sole misure conservative.

⁽²⁸⁾ L'inefficacia trova la sua ragione nel fatto che l'accertamento del *periculum* da parte del giudice della cautela dimostrerebbe una patologia dei rapporti sostanziali tra le parti e quindi del venir meno di quella situazione di normalità supposta. Nell'ipotesi di rigetto, invece, la competenza dell'arbitro irrituale rimarrebbe intatta. Così, prima della riforma, FERRI, *Decreto cautelare inaudita altera parte in corso di causa e mancata fissazione dell'udienza per la conferma, modifica o revoca*, in *Giur. di Merito*, 2003, 550; CANALE, *Tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 941 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 313.

arbitrato libero prevista dall'art. 669 *quinquies* c.p.c. non priva di efficacia la convenzione arbitrale sicché le parti potranno sempre rivolgersi ad arbitri.

Nell'ambito di quest'ultima opzione, varie sono le soluzioni di coordinamento tra la cautela offerta e la necessità di instaurare il merito. Secondo una prima tesi, non sarebbe possibile assimilare il giudizio di merito richiesto dall'art. 669 *octies* c.p.c. (per la conservazione di efficacia della misura) al giudizio arbitrale irrituale. La parte che abbia ottenuto una cautela conservativa — e che voglia mantenere viva l'opzione per la via arbitrale — dovrà proporre al giudice di merito una domanda « di condanna condizionata in futuro », ove la condizione cui è subordinata l'esecuzione della sentenza è l'inosservanza delle disposizioni del lodo ⁽²⁹⁾.

Secondo un altro orientamento ⁽³⁰⁾, l'accordo compromissorio per arbitrato irrituale andrebbe assimilato ad una condizione di procedibilità, come ad esempio un tentativo di conciliazione obbligatorio: concessa la misura cautelare, il beneficiario deve necessariamente notificare l'atto di nomina dell'arbitro irrituale, formulare i quesiti e dare avvio tanto alla procedura per arbitrato libero quanto al giudizio ordinario di cognizione. L'assolvimento dell'onere di instaurazione della procedura arbitrale consente all'interessato di poter fruire della tutela giurisdizionale preordinata al conseguimento di un titolo esecutivo in base a quanto stabilito in sede arbitrale.

Diversa ancora è la posizione di chi sostiene che la condizione posta dall'art. 669 *octies* c.p.c. in caso di arbitrato libero sia soddisfatta dalla mera proposizione della domanda arbitrale irrituale.

Tale opzione ci sembra quella maggiormente conforme al dato normativo e alla *ratio* dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. norma che ha voluto parificare a tutti gli effetti, sotto il profilo della tutela cautelare, l'arbitrato libero a quello rituale. D'altronde il procedimento arbitrale irrituale resta pur sempre un procedimento e come tale è idoneo configurare “il procedimento di merito” (art. 669 *novies* c.p.c.) cui si deve dare inizio entro il termine perentorio per non far perdere efficacia alla misura.

⁽²⁹⁾ Così LEVONI, *op. cit.*, 449.

⁽³⁰⁾ CHIARLONI, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 555; GRASSO, *Tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Giur. it.*, 1998, IV, 179; RECCHIONI, *op. cit.*, 16. Cfr. DE CRISTOFARO, *Tutela cautelare ante causam, termine perentorio di instaurazione del giudizio di merito e condizioni di procedibilità (sullo sfondo della questione di compatibilità tra tutela cautelare e compromesso per arbitrato rituale)*, in *Giur. it.*, 2000, 250, il quale, facendo leva sul riconoscimento del principio per cui, in caso di previsione normativa di una condizione di procedibilità, il termine di cui all'art. 669 *octies* c.p.c. — per garantire la conservazione dell'efficacia della misura cautelare — inizia a decorrere dal momento in cui la domanda è divenuta procedibile (riconoscimento avallato dalla Consulta con l'ordinanza del 16 aprile 1999, n. 122), può valere quale riscontro alla tesi prospettata nel testo circa l'ammissibilità della tutela cautelare in presenza di arbitrato irrituale. L'A. osserva infatti che se è vero che l'instaurazione del tentativo obbligatorio di conciliazione è sufficiente a conservare l'efficacia della misura cautelare concessa, se è poi tempestivamente seguita dalla tutela giurisdizionale di merito, allora la tutela « negozialmente condizionata » potrà produrre il medesimo effetto se seguita dal giudizio di merito nelle forme ordinarie.

In altri termini, occorre adattare la previsione dell'art. 669 *octies* all'arbitrato irrituale e ritenere che l'attivazione del procedimento per arbitrato (condizione di efficacia della misura) possa avvenire con qualunque atto scritto a ciò idoneo, anche se carente di alcuni dei requisiti della domanda d'arbitrato, atteso che si tratta di un procedimento con modalità irrituali ⁽³¹⁾.

4. *Competenza cautelare, arbitrato e istruzione preventiva.* — Quanto ancora all'ambito di applicazione dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., recentemente è intervenuta la Consulta ⁽³²⁾ per risolvere un'annosa questione relativa alla possibilità, in pendenza di giudizio arbitrale o in presenza di clausola compromissoria, di proporre domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente per il merito.

La Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. poiché, a suo dire, rappresenta un ostacolo alla concessione della tutela cautelare (nella forma dell'istruzione preventiva) nelle controversie compromesse in arbitri.

L'art. 669 *quaterdecies* disciplina il campo di operatività del rito cautelare uniforme il quale si applica ai sequestri, alle denunce di nuova opera e di danno temuto, ai provvedimenti d'urgenza nonché agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali (fatta salva l'eventuale incompatibilità con la disciplina specifica prevista per questi ultimi). Ne restano esclusi i provvedimenti di istruzione preventiva rispetto ai quali opera solo ⁽³³⁾ l'art. 669 *septies* ⁽³⁴⁾, norma che consente la riproposizione dell'istanza cautelare e la definizione delle spese del procedimento.

⁽³¹⁾ Così SASSANI, *Intorno alla compatibilità*, cit., 710 ss.; AULETTA, *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromittenti in arbitrato libero*, in questa *Rivista*, 1999, 88; GIALONGO, *Le modifiche al codice di procedura civile. Contributi per una riflessione*, in www.judicium.it; BALENA, in Balena, Bove, cit., 323-324; OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit.

⁽³²⁾ C. cost., 28 gennaio 2010, n. 26, in questa *Rivista*, 2011, con nota di TISCINI, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato. Continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova*; in www.judicium.it; con nota di DELLE DONNE, *La Consulta, l'istruzione preventiva e la forza espansiva del rito cautelare tra esigenze di compatibilità costituzionale e discrezionalità del legislatore*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 723, con nota di LICCI, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?*

⁽³³⁾ Il precedente intervento della Consulta sull'art. 669 *quaterdecies* risale a C. cost., 16 maggio 2008, n. 144, in *Corr. giur.*, 2008, 1071, con nota di ROMANO, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*; in *Giur. it.*, 2008, 2255, con nota di DELLE DONNE, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?*; in *Riv. dir. proc.*, 2009, 247, con note di FERRARI, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva*, e LICCI, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*; in *Giusto proc. civ.*, 2008, 907, con nota di DELUCA, quando fu dichiarata l'illegittimità della predetta norma e dell'art. 696 c.p.c., nella parte in cui non prevedevano la facoltà di esperire reclamo contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva di testimonianze, accertamento tecnico ed ispezione giudiziale. Dopo tale intervento della Consulta trova applicazione all'istruzione preventiva anche l'art. 669 *terdecies*. È da rilevare che il legislatore della novella del 2009 (con l. 18 giugno 2009, n. 69) non ha colto l'occasione di riforma del

Tale diversità di trattamento è stata giustificata, in occasione dei lavori preparatori del « Progetto Vassalli » (al quale dobbiamo l'attuale formulazione dell'art. 669 *quaterdecies*), con l'assenza di collegamento tra misura cautelare istruttoria e giudizio di merito⁽³⁵⁾. Se ne deduce che non possono applicarsi all'istruzione preventiva le disposizioni del rito cautelare uniforme che presuppongono un rigido legame di strumentalità tra la cautela e il merito. Il che potrebbe indurre a ritenere applicabili tutte quelle che — come l'art. 669 *quinquies* — non presumono tale strumentalità⁽³⁶⁾.

L'art. 669 *quinquies* regolando i rapporti tra arbitrato e cautela, individua l'autorità competente ad emettere la misura cautelare, in una controversia deferita o deferibile ad arbitri, nel giudice ordinario civile che « sarebbe stato competente a conoscere del merito » (in assenza di convenzione di arbitrato). Ciò è previsto per i provvedimenti espressamente indicati dall'art. 669 *quaterdecies*, a cui non appartengono quelli di istruzione preventiva.

A chi bisognerà rivolgersi allora per ottenere un accertamento tecnico preventivo nelle controversie compromesse in arbitrato se non è possibile invocare l'art. 669 *quinquies*?

L'accertamento tecnico non può essere disposto dagli arbitri in virtù dell'art. 818 c.p.c. che sottrae ai giudici privati ogni potere cautelare⁽³⁷⁾, salva diversa disposizione di legge. È indubbio che per i provvedimenti in questione il legislatore non ha previsto alcuna deroga alla regola generale, sicché non sarà possibile ottenere una prova anticipata dagli arbitri né *ante causam* né in corso di causa⁽³⁸⁾.

codice di rito per "aggiornare" al *dictum* della Consulta l'art. 669 *quaterdecies*, il quale letteralmente continua a prevedere l'operatività del solo art. 669 *septies* ai provvedimenti d'istruzione preventiva. Così invece fu fatto nel 2006 con l'art. 669 *terdecies* con riferimento ai provvedimenti reclamabili e, in particolare, all'ordinanza di rigetto, la cui reclamabilità è stata in *primis* dichiarata da C. cost., 23 giugno 1994, n. 253 e poi esplicitata con le modifiche apportate dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

⁽³⁴⁾ In dottrina è sostenuto quasi univocamente che le norme del procedimento cautelare uniforme diverse dall'art. 669 *septies* non operano nell'istruzione preventiva per esplicita previsione dell'art. 669 *quaterdecies*. V. TRISORIO LIUZZI, *Istruzione preventiva*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1993, X, 255; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 385; MERLIN, *Procedimenti cautelari*, cit., 428; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. processuale*, 1998, 805. Diversamente BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 222 ss., per la quale la formulazione letterale dell'art. 669 *quaterdecies* non conferma che l'art. 669 *septies* sia l'unica disposizione applicabile all'istruzione preventiva.

⁽³⁵⁾ Cfr. *I lavori preparatori della riforma del codice di procedura civile*, in *Doc. giustizia*, 1991, 10, 27.

⁽³⁶⁾ Così BESSO, *op. cit.*, 223-224. Per l'A. il problema dell'operatività delle singole norme del rito cautelare uniforme non viene affrontato in modo espresso dal legislatore e va risolto sulla base delle indicazioni che lo stesso prescrive nell'art. 669 *quaterdecies*, con riferimento alla clausola di compatibilità ivi contenuta.

⁽³⁷⁾ V. *supra* par. 2.

⁽³⁸⁾ Tale scelta è certamente ragionevole per quanto riguarda i provvedimenti da emettere *ante causam*: in questo caso, il tempo occorrente alla formazione del collegio arbitrale contrasterebbe con l'esigenza di ottenere una immediata tutela. Sembra possibile invece immaginare l'attribuzione agli arbitri del potere di emettere provvedimenti di istruzione anticipata in corso di causa, atteso che con essi verrebbe compiuta un'attività non diversa da

Volendo allora cercare, nell'ambito delle norme dedicate all'istruzione preventiva, una regola analoga a quella prevista dall'art. 669 *quinquies* che permetta di individuare l'autorità competente ad emettere il provvedimento cautelare, si noterà come negli artt. 692 ss. c.p.c. manchi del tutto una disciplina della competenza in ipotesi di causa compromessa in arbitri. Il che potrebbe indurre perfino ad escludere che l'istruzione preventiva possa essere concessa in tale circostanza.

Dal momento però che la tutela cautelare è una componente essenziale delle garanzie giurisdizionali ⁽³⁹⁾, e che non è possibile negarla anche quando l'esame del merito sia affidato a giudici privati, resta aperto il dubbio di quali regole seguire per attribuire il potere di emettere il provvedimento di istruzione anticipata.

La Consulta, riconosciuta l'essenzialità della tutela preventiva, ha preso atto dell'incompletezza del procedimento degli artt. 692 ss. e dell'impossibilità di integrarlo con il rito cautelare uniforme (per via dell'art. 669 *quaterdecies*).

Il vuoto normativo è stato valutato dalla Corte come irragionevole: i severi limiti di ammissibilità dell'istruzione preventiva non sono dovuti a ragioni strutturali sistematiche o ontologiche, ma sono delle vere e proprie lacune non giustificabili attraverso il richiamo alla discrezionalità legislativa tesa a distinguere le misure degli artt. 692 ss. dagli altri provvedimenti cautelari.

Per colmare il vuoto il Giudice delle leggi ha così dichiarato l'illegittimità dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., al fine di estendere l'applicazione dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. all'istruzione preventiva. La regola di competenza sarà perciò quella stabilita per tutti gli altri provvedimenti cautelari.

quella che i giudici privati svolgono ordinariamente nella fase istruttoria attraverso la nomina di consulenti tecnici, la cui assistenza è oggi ammessa grazie all'art. 816 *ter*, co. 5, c.p.c. (sull'utilizzo della consulenza tecnica in arbitrato prima della riforma v. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, in *Riv. dir. processuale*, 2002, 1123 ss.; RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2003, 1 ss.). D'altronde i provvedimenti di istruzione preventiva, non incidendo direttamente sulla realtà sostanziale, sono meno pericolosi degli altri provvedimenti cautelari. Pertanto non si vedono particolari ragioni ostative alla loro concessione da parte di arbitri. In dottrina v. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 296, nt. 34, secondo cui se il collegio è già formato non è da escludere che esso possa anticipare, rispetto al tempo programmato, l'assunzione di un mezzo di prova urgente.

⁽³⁹⁾ Sulla natura cautelare dell'istruzione preventiva cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 235; BALENA, *Procedimento di istruzione preventiva*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, XVIII, 5; BESSO, *La prova*, cit., 211; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (1936), ora in *Opere giuridiche* a cura di CAPPELLETTI, Napoli, 1983, IX, 181; CONSOLO, « *Periculum in mora* » ed *inammissibilità della domanda principale nella istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 535 ss., spec., 537, il quale afferma la natura, almeno *lato sensu*, cautelare dell'istruzione preventiva; NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979, 193; ROMANO, *op. cit.*, 8; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 800; TRISORIO LIUZZI, *Istruzione*, cit., 244; NARDO, *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli, 2005. Cfr. PANZAROLA, *Commento sub artt. 696 e 696 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, 255 ss., spec. nota 1.

Ad analoga soluzione, in realtà, si giungeva anche prima della pronuncia della Corte costituzionale.

In passato taluna dottrina ammetteva il ricorso all'istruzione preventiva per sopperire all'assenza di poteri coercitivi degli arbitri nell'istruttoria arbitrale. Tutte le volte in cui era necessario acquisire una prova documentale in possesso di un terzo o informazioni dalla pubblica amministrazione o una deposizione di testimoni ostili, ovvero ispezionare luoghi sottratti alla disponibilità delle parti, si avvertiva l'esigenza di fronteggiare il difetto di misure coercitive azionabili dagli arbitri con l'ausilio del potere pubblico. L'istruzione preventiva diveniva così una forma di collaborazione giudiziaria all'istruttoria arbitrale che altrimenti sarebbe risultata « imperfetta » sotto l'aspetto della completezza delle fonti di prova ⁽⁴⁰⁾.

A seguito della riforma del 2006, la lacuna normativa relativa ai meccanismi di assistenza giudiziaria agli arbitri è stata parzialmente colmata dal nuovo art. 816 *ter*, co. 3, c.p.c., che autorizza gli arbitri a richiedere al presidente del tribunale l'emanazione di un ordine di comparizione innanzi a loro del testimone renitente ⁽⁴¹⁾.

La proposta interpretativa prima riferita sembrerebbe allora restare valida con riferimento alla verifica dello stato dei luoghi o della qualità o condizione di cose (art. 696 c.p.c.) ⁽⁴²⁾. Sicché, qualora sia necessario compiere degli accertamenti tecnici preventivi nelle controversie compromesse in arbitri, sarà possibile rivolgersi al giudice ordinario per ottenere l'emissione della cautela ⁽⁴³⁾.

Per confermare la fattibilità di tale assunto, occorre riconoscere ad esso un fondamento normativo e quindi individuare una disposizione codicistica capace di determinare il giudice competente in tema di istruzione preventiva: il ricorso andrà presentato al giudice individuato ai sensi dell'art. 696 c.p.c. o ai sensi dell'art. 669 *quinquies* c.p.c.?

Ci sembra che l'art. 696 c.p.c. — che determina la competenza nell'accertamento tecnico preventivo (in combinato disposto con l'art. 693 c.p.c.) — non sia regola idonea a indicare chi possa adottare una misura cautelare nelle controversie compromesse in arbitri ⁽⁴⁴⁾. Essa, lungi dall'individuare l'organo

⁽⁴⁰⁾ Così TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in questa *Rivista*, 1991, 720; AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 301 ss.; SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 1993, 622 s.

⁽⁴¹⁾ Sul nuovo art. 816 *ter* e sulle molteplici questioni ermeneutiche e applicative poste dalla norma v. TOTA, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, III, 2, Padova, 2007, 710 ss.

⁽⁴²⁾ È infatti con riferimento all'art. 696 c.p.c. che è stata posta e risolta la questione di costituzionalità.

⁽⁴³⁾ Tale possibilità è riconosciuta costantemente in dottrina. Cfr. TRISORIO LIUZZI, *Istruzione*, cit., 251; TARZIA, *Istruzione preventiva*, cit., 722.

⁽⁴⁴⁾ Difformemente TRISORIO LIUZZI, *ibidem*, secondo cui il ricorso per accertamento tecnico preventivo va proposto al giudice competente ai sensi dell'art. 696. In tal senso anche

giudiziario autorizzato ad emanare il provvedimento cautelare quando il merito della controversia sia rimesso agli arbitri, si limita a stabilire quale sia il giudice ordinario competente quando la lite appartenga alla giurisdizione ordinaria.

L'unico dato positivo offerto per regolamentare i rapporti tra arbitrato e tutela cautelare è l'art. 669 *quinquies* c.p.c.: la domanda, in caso di controversia compromessa in arbitri, si proporrà al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

L'assenza di una regola dettata appositamente per i rapporti tra istruzione preventiva e arbitrato obbligherebbe l'interprete ad applicare analogicamente la norma sopra citata⁽⁴⁵⁾, così superando il limite rappresentato dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c.

Posta la specialità di disciplina della tutela cautelare preventiva rispetto a quella degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., non può escludersi la necessità di integrare la prima con la seconda⁽⁴⁶⁾.

Ne consegue che la sola strada percorribile per ottenere un accertamento tecnico preventivo nelle controversie compromesse in arbitrato passa per l'art. 669 *quinquies* c.p.c.

5. *La giurisdizione cautelare interna in ipotesi di arbitrato estero.* — Mancando gli arbitri di poteri cautelari, si è visto che in presenza di una convenzione arbitrale è possibile ottenere i provvedimenti anticipatori o conservativi, tipici e atipici, di cui agli artt. 670 ss. c.p.c. dinanzi al giudice statale competente secondo i criteri previsti dall'art. 669 *quinquies* c.p.c. In altri termini, l'opzione delle parti per la via arbitrale interna priva il giudice (che sarebbe competente per il merito) della *potestas iudicandi* sulla lite ma non esclude il potere cautelare di quello stesso giudice — in relazione alla controversia — poiché attraverso la scelta arbitrale non vi è stata rinuncia alla giurisdizione.

Qualora però le parti abbiano stipulato un accordo compromissorio per arbitrato estero, rinunciando così alla giurisdizione italiana sul merito della lite, non è ben chiaro se, in assenza di espressa indicazione pattizia a riguardo, ciò implichi anche una rinuncia alla giurisdizione cautelare.

Secondo il più recente orientamento della Suprema Corte⁽⁴⁷⁾, la pre-

DELLE DONNE, *Ancora sui rapporti tra arbitrato (anche irrituale) ed accertamento tecnico preventivo: è davvero illegittimo l'art. 669 quaterdecies nella parte in cui non prevede l'applicabilità a tali cautele dell'art. 669 quinquies?*, in *www.judicium.it.*, § 3.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. T. Catania, 23 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 820, con nota di PULEO, *Note minime su competenza cautelare ed arbitrato.*

⁽⁴⁶⁾ Così COSTANTINO, *sub art. 669 quaterdecies*, in AA.VV., *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1992, 402, nt. 14.

⁽⁴⁷⁾ Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con ordinanza 25 ottobre 2013, n. 24153, hanno rivoluzionato il pensiero sulla natura dell'arbitrato rituale, cui fedelmente la giurisprudenza si era attenuta dopo Cass. 3 agosto 2000, n. 527 (pubblicata in questa *Rivista*, 2000, 699, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla « natura » dell'arbitrato*; in *Corriere giur.*,

senza di un patto compromissorio per arbitrato estero rappresenta una forma di deroga alla giurisdizione italiana, di talché l'eccezione di arbitrato estero costituisce una eccezione di rito e può essere sottoposta all'esame della Cassazione mediante regolamento di giurisdizione ⁽⁴⁸⁾.

Deve però stabilirsi se tale deroga alla giurisdizione di merito si estenda anche alla giurisdizione cautelare o se, pur in presenza di un accordo tra le parti per devolvere la lite ad arbitri esteri, il giudice italiano resti munito del potere di emettere provvedimenti cautelari. In altri termini, è necessario comprendere se la scelta per l'arbitrato estero implichi una deroga ad ogni forma di giurisdizione interna, di merito o cautelare che sia.

All'uopo, stando all'art. 10 della l. 218/1995, la potestà cautelare del giudice italiano può sussistere quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito. Il che non vuol dire che ogniqualvolta il provvedimento debba essere eseguito nel territorio nazionale esso vada emesso dal giudice italiano.

Ed invero, la possibilità di ottenere la cautela innanzi al giudice interno *ex art. 10 l. cit.* pur in presenza di arbitrato estero si può ben conciliare con la scelta rimessa alle parti di derogare in toto alla giurisdizione statale, inclusa quella cautelare ⁽⁴⁹⁾.

2001, 51, con nota di RUFFINI e MARINELLI *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. « arbitrato rituale »*; in *Riv. dir. processuale*, 2001, 254, con nota di RICCI E.F., *La « natura » dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2001, 1107, con nota di CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*. In particolare, la Corte di legittimità ha rilevato che la normativa introdotta con le riforme del 1994 e 2006 contiene sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale. Tra tali indici la Corte individua la proponibilità dell'impugnazione non più subordinata al decreto di esecutorietà del lodo; l'assimilazione della domanda arbitrale a quella giudiziale quanto agli effetti sulla prescrizione e sulla trascrizione; l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso; la possibilità prevista dall'art. 819 *bis* c.p.c. di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale; l'art. 824 *bis* c.p.c. che equipara gli effetti del lodo a quelli della sentenza. Per un commento alla sentenza *v. BERGAMINI, Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della corte di cassazione, tra disciplina interna e convenzione di New York* in questa *Rivista*, 2015, 318 ss.; VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le sezioni unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.*, 2014, 91; MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, in *Gius. Proc. civ.*, 2014, 197; GIUSSANI, *Intorno alla deducibilità ex art. 41 cod. proc. civ. dell'eccezione contestata di compromesso per arbitrato estero*, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 2014, 169.

⁽⁴⁸⁾ V. anche Cass. 30 settembre 2016, n. 19473, in www.judicium.it, con nota di FARINA, *Eccezione di arbitrato estero, regolamento preventivo di giurisdizione ed accettazione della giurisdizione italiana*, secondo la quale, in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero non è sufficiente invocare la presenza della convenzione arbitrale per ritenere sollevato il difetto di giurisdizione, occorrendo — al fine di evitare l'accettazione tacita della giurisdizione italiana — sollevare una specifica eccezione al riguardo. Cfr. Cass., Sez. un., 13 giugno 2017, n. 14649, sulla cui criticità v. SASSANI, *Eccezione di arbitrato estero e (non) regolabilità della giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2018, 339 ss.

⁽⁴⁹⁾ In tal caso la rinuncia dovrebbe essere resa chiara ed esplicita, non potendosi desumere una abdicazione alla tutela cautelare dalla mera rinuncia alla giurisdizione di merito.

Così come è concesso ai paciscenti di derogare alla giurisdizione di merito, optando per l'arbitrato estero, allo stesso modo è garantita loro la possibilità di rinunciare alla tutela cautelare, anche eventualmente attribuendo all'arbitro estero — che in base alla legge dell'ordinamento in cui si svolge l'arbitrato ne sia munito — il potere di emettere i provvedimenti cautelari richiesti.

Ma se questo è vero, è vero anche il contrario: la scelta per l'arbitrato estero non priva il giudice interno del potere di emettere provvedimenti cautelari quando sussistano le condizioni stabilite dall'art. 10 cit. ⁽⁵⁰⁾.

D'altra parte, è la stessa disciplina del procedimento cautelare uniforme *ex artt. 669 bis ss. c.p.c.* a suggerire che anche in presenza di arbitrato estero o, più in generale, in caso di difetto di giurisdizione sul merito della controversia, sia possibile ottenere provvedimenti cautelari dal giudice italiano. L'art. 669 *ter* c.p.c. infatti contempla l'ipotesi in cui il giudice italiano non abbia competenza a conoscere la causa di merito, attribuendo in tale ipotesi la competenza cautelare al giudice che sarebbe competente per materia o valore del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento. Peraltro, ai sensi dell'art. 669 *quater* c.p.c., neppure la pendenza della lite innanzi al giudice straniero impedisce la concessione di misure cautelari da parte del giudice italiano.

Viene riconosciuta così in entrambi i casi la possibilità che, pur difettando il giudice interno della giurisdizione nel merito, si affermi la *potestas* cautelare del giudice statale italiano.

Potestà riconosciuta poi espressamente anche nell'ipotesi di arbitrato estero dall'art. 669 *novies* c.p.c., con riferimento all'efficacia del provvedimento cautelare del giudice italiano quando vi sia stata la decisione nel merito dell'arbitro estero.

Né il dato positivo è superabile dalle obiezioni secondo cui ammettere la concessione dei provvedimenti cautelari da parte del giudice italiano in presenza di un compromesso per arbitrato estero costituisca un modo per eludere la scelta per la via arbitrale, giacché il giudizio di merito resta affidato ai giudici privati e sul punto i giudici statuali sono privi di giurisdizione.

In particolare tale rilievo fa leva sul fatto che, a seguito della riforma del 2005 dell'art. 669 *octies* c.p.c., nel caso di emissione di provvedimenti a

Sicché dovrebbe ritenersi che nel dubbio sulla scelta delle parti, la deroga alla giurisdizione statale dovrebbe essere limitata a quella di merito. Sui possibili criteri interpretativi da utilizzare per comprendere la portata della rinuncia alla giurisdizione interna v. BRIGUGLIO, *Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2017, 778 ss.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto v. BRIGUGLIO, *Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità*, cit., 770, ss., spec. 775 e 776. In tema v. CAROSI, *La "sorte" della potestà cautelare del giudice interno in presenza di accordo compromissorio per arbitrato estero: verso il progressivo superamento di un tabù?*, in questa *Rivista*, 2018, 389 ss.

carattere anticipatorio⁽⁵¹⁾ o di cui all'art. 700 c.p.c., il giudizio di merito sia solo eventuale e non più necessario a pena di perdita di efficacia della misura, con la conseguenza che, una volta ottenuta la cautela, l'interessato potrà aver realizzato l'*utilitas* desiderata e non avrà necessità di instaurare il giudizio di merito⁽⁵²⁾.

Così facendo, si potrebbe produrre l'effetto di una definitiva sottrazione del giudizio principale alla giurisdizione dell'arbitro estero poiché la tutela ottenuta in via cautelare sarebbe sufficiente a soddisfare la pretesa dell'agente. Inoltre si obietta che in tale circostanza la parte vittoriosa in sede cautelare costringerebbe quella soccombente, per non svuotare del tutto l'arbitro straniero della sua *potestas iudicandi*, a incardinare il giudizio di merito, provando i fatti costitutivi della propria pretesa⁽⁵³⁾.

Tale critica tuttavia non considera che, pur in caso di mancata instaurazione del giudizio di merito innanzi agli arbitri, non vi sarebbe una vera elusione della scelta arbitrale compiuta a monte dalle parti, dal momento che il risultato conseguito con la misura cautelare, benché sotto il profilo dell'utilità pratica per chi agisce sia sufficiente e paragonabile all'utilità ottenibile con il giudizio a cognizione piena, è un risultato comunque minore e diverso.

D'altronde i provvedimenti anticipatori sono idonei ad anticipare gli effetti della decisione finale (così consentendo il raggiungimento dell'utilità sperata) ma godono di efficacia diversa rispetto al lodo sul merito della lite poiché sono privi dell'attitudine al giudicato e la loro autorità non è invocabile in un diverso processo⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ I provvedimenti cautelari a c.d. strumentalità eventuale hanno trovato ingresso per la prima volta nel nostro ordinamento con gli artt. 23 e 24 del d. lgs. n. 5/2003 per il processo societario. Il modello societario è stato poi successivamente esportato anche nel codice di procedura civile per tutte le misure cautelari anticipatorie con la previsione — ad opera della l. n. 80/2005 — nell'art. 669 *octies* co. 6 c.p.c. che la necessità di instaurare il giudizio di merito per garantire la conservazione di efficacia delle misure cautelari non si applichi ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e « agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito ». È stato osservato che tale locuzione risulta assai generica al punto da creare difficoltà nell'individuazione di quando una misura risulti effettivamente anticipatoria — non necessitando del giudizio di merito — e da indurre chi ottiene la cautela, nel dubbio che essa possa perdere efficacia, a promuovere in ogni caso il giudizio a cognizione piena. V. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, 144; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 659; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 125 ss. Per BALENA, in Balena, Bove, cit. 334, l'utilizzo della locuzione generica espone al rischio che vengano considerati anticipatori anche provvedimenti che hanno natura conservativa.

⁽⁵²⁾ Per individuare un provvedimento anticipatorio occorre avere riguardo non tanto al suo contenuto quanto all'utilità verso la quale è proiettata la domanda cautelare. In tal senso v. TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 134, 135.

⁽⁵³⁾ Così T. Frosinone, 19 settembre 2017, in questa *Rivista*, 2017, 759, con nota critica di BRIGUGLIO, cit.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso è il comma 8 dell'art. 669 *octies* c.p.c. Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 225 il quale nega peraltro che il provvedimento cautelare possa avere funzione dichiarativa. V. BALENA, *op. cit.*, 329, per cui la riforma ha inciso non tanto sulla strumentalità dei provvedimenti anticipatori quanto invece sulla provvisorietà degli stessi.

Negare la tutela cautelare del giudice italiano perché l'utilità che con essa si può realizzare è pari a quella conseguibile con l'arbitrato estero, oltre a svuotare di significato la tutela cautelare (i cui presupposti sono speciali e diversi da quelli della tutela di merito e la cui funzione è parimenti costituzionalmente garantita), conduce a conseguenze abnormi per il soggetto che richiede tutela⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾.

Inoltre, se è pur vero che la concessione della tutela anticipatoria sposta l'onere di introduzione del giudizio di merito arbitrale sulla parte che subisce la misura, non appare corretto affermare che tale spostamento implichi anche un aggravio della prova per chi è costretto ad agire per ottenere una decisione a cognizione piena sul diritto oggetto di cautela. La domanda proposta da colui contro il quale è stato pronunciato il provvedimento cautelare rappresenta una sorta di *provocatio ad agendum*, con la conseguenza che l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto vantato in sede cautelare resteranno sempre in capo a chi quel diritto ha fatto valere, senza inversione dell'onere della prova o aggravio di difesa per colui che è costretto ad instaurare il giudizio arbitrale di merito⁽⁵⁷⁾.

In estrema sintesi. La presenza di un patto compromissorio per arbitrato estero, ancorché costituisca una deroga alla giurisdizione italiana, non esclude che il giudice interno goda della giurisdizione cautelare, salvo che non risulti

⁽⁵⁵⁾ Negare la tutela cautelare del giudice italiano, quale giudice del luogo ove la misura deve essere eseguita, per non correre il rischio di sottrarre la lite di merito alla cognizione degli arbitri esteri cui le parti scelgono di deferire la lite, potrebbe rappresentare una negazione di giustizia che le parti non possono aver voluto quando hanno optato per la via arbitrale. D'altronde, una più effettiva tutela cautelare può realizzarsi se impartita dal giudice statale del territorio piuttosto che da arbitri internazionali. Così BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 779, 780. Ragion per cui è più corretto consentire, nel rispetto dell'art. 10 l. 218/1995, l'emissione di provvedimenti cautelari, finanche anticipatori (con le conseguenze già viste in punto di mancata instaurazione del merito), da parte del giudice italiano, anche in presenza di arbitrato estero. D'altra parte, obiettivo dell'interprete deve essere quello di evitare che meccanismi astrattamente funzionali a garantire la durata ragionevole del processo finiscano per complicare la vita dell'operatore piuttosto che semplificarla. Sul punto v. le osservazioni di TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 480.

⁽⁵⁶⁾ Dovrebbe essere consentita anche la concessione dei provvedimenti di istruzione preventiva da parte del giudice italiano in presenza di una convenzione arbitrale estera visto che, se è pur vero che il ricorso *ex art.* 692 ss. c.p.c. è strettamente connesso con il giudizio di merito per il quale è stata esclusa pattiziamente la giurisdizione italiana (sicché parrebbe ragionevole escludere la sua concessione quando il merito — e con esso l'istruzione — non siano demandati al giudice italiano), è anche vero che l'istruzione preventiva deve essere inserita a pieno titolo nell'ambito della tutela cautelare della quale condivide la natura e la *ratio* che è quella di evitare che la durata del processo si traduca in un pregiudizio per chi ha ragione sicché essa non può essere negata neppure quando la giurisdizione italiana nel merito sia stata esclusa. Diversamente ragionando, si finirebbe per ledere l'effettività della tutela cautelare. Sui rapporti tra istruzione preventiva e arbitrato v. *supra* par. 4. D'altra parte non si comprenderebbe perché il sequestro giudiziario potrebbe essere concesso mentre l'accertamento tecnico preventivo no, pur avendo le due misure analoghe funzioni e natura. Sulla pari dignità dell'istruzione preventiva rispetto agli altri provvedimenti cautelari v. Corte cost. 28 gennaio 2010, n. 26, cit. nonché Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, cit.

⁽⁵⁷⁾ LUISSO, *Diritto processuale*, cit., 230.

in maniera chiara una scelta delle parti nel senso di negargli qualsivoglia potestà giurisdizionale, inclusa quella cautelare.

6. *La competenza cautelare in presenza di un patto compromissorio per arbitrato estero.* — Resta da comprendere quale sia il giudice italiano al quale la domanda cautelare va proposta quando il merito della causa sia devoluto ad arbitri esteri.

Se da una parte vi è chi ritiene che l'art. 669 *quinquies* c.p.c. non operi alcun distinguo tra arbitrato estero e interno così da ritenersi applicabile ad entrambe le ipotesi⁽⁵⁸⁾, dall'altra vi è chi equipara l'arbitrato estero alla giurisdizione straniera sicché nel caso di devoluzione della lite ad arbitri stranieri, la norma regolatrice della competenza cautelare sarebbe l'art. 669 *ter* c.p.c. (ossia giudice territorialmente competente è quello del luogo in cui il provvedimento deve essere eseguito)⁽⁵⁹⁾.

Chi ritiene applicabile all'arbitrato estero la regola dell'art. 669 *ter*, co. 3, c.p.c., lo fa sul presupposto che, per la sua operatività, occorre che il giudice italiano non abbia giurisdizione per il merito, circostanza che ricorre anche quando le parti devolvano la loro lite in arbitrato estero.

Diversamente, chi esclude l'applicabilità della norma in esame all'ipotesi di arbitrato estero ritiene che, nel caso di devoluzione della controversia ad arbitri stranieri, debba operare l'art. 669 *quinquies* c.p.c., unica norma che disciplina la competenza cautelare in ipotesi di arbitrato. La conclusione sarebbe imposta tanto dalla lettera di quest'ultima disposizione, che non fa distinzioni tra arbitrato estero e interno, quanto dall'art. 669 *quater*, co. 5, che, parlando univocamente di « giudice straniero », preclude la possibilità di riferire questa norma — e la conseguente competenza del giudice del *locus executionis*, per il richiamo all'art. 669 *ter*, co. 3 — anche all'arbitro straniero, atteso che, quando il legislatore ha voluto riferirsi anche all'arbitrato estero, lo ha fatto espressamente (v. art. 669 *novies*, ult. co.).

Tale ultima ricostruzione avrebbe il non trascurabile pregio di evitare, ai fini della determinazione della competenza cautelare *ante causam* in caso di accordo compromissorio, di indagare sulla natura interna o estera dell'arbitrato, soprattutto ove l'elemento fondamentale della sede del giudizio arbitrale non sia ancora certo.

Così facendo, di fronte ad un arbitrato — estero o interno che sia — si applicherà senza ulteriori indagini l'art. 669 *quinquies* c.p.c. che varrebbe da norma generale per la competenza cautelare in tutte le ipotesi di arbitrato.

L'art. 669 *ter* c.p.c. tornerebbe ad operare ove il patto compromissorio

(58) Così PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 332; BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi*, cit., 41.

(59) MERLIN, *Procedimenti cautelari*, cit., 400; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari*, cit., 688.

per arbitrato estero dovesse risultare inesistente e la giurisdizione sul merito non appartenere al giudice italiano.

Il giudice investito per la cautela, in altri termini, non dovrà verificare se la controversia sia devoluta ad arbitri stranieri o interni ma solo stabilire, ai fini della sua competenza se, in assenza di patto compromissorio, la causa di merito rientri nella giurisdizione italiana. Solo in mancanza di quest'ultima, sarà competente il giudice del luogo in cui la misura deve essere eseguita.

A ben guardare, ci sembra che parificare l'arbitrato estero a quello interno ai fini dell'individuazione del giudice competente per la cautela sia scelta più opportuna e giustificata dall'identità di rapporto che arbitrato estero e interno hanno rispetto al giudizio di merito. L'uno e l'altro rappresentando una alternativa alla giurisdizione statale.

Ne consegue che, in ogni ipotesi di arbitrato, è più ragionevole utilizzare come regola di competenza cautelare quella che guarda al giudice italiano non come a colui che « è competente a conoscere del merito » e che quando sia sfornito di giurisdizione può emettere misure cautelari solo se giudice del luogo in cui il provvedimento deve essere eseguito, ma a colui che « sarebbe stato competente a conoscere del merito » ove il patto compromissorio non fosse mai stato stipulato.

In sintesi e per concludere, l'art. 669 *quinquies* non riguarderebbe solo l'arbitrato interno ma tutte le ipotesi di deferimento della lite ad arbitri *tout court* sicché giudice competente per la cautela in tutti i casi di arbitrato è sempre quello che sarebbe stato territorialmente competente in mancanza di convenzione arbitrale ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Osserva BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi*, cit., 43 che « non è per nulla detto che le parti devolvano ad arbitri esteri liti che in assenza di accordo compromissorio non rientrerebbero comunque nella giurisdizione italiana. E d'altro canto può ben darsi che non necessariamente e solo ad arbitri esteri bensì anche ad arbitri italiani sia deferita (ad esempio da parti entrambe straniere e per mere ragioni di neutralità) la lite che altrimenti non rientrerebbe nella giurisdizione italiana e in relazione alla quale sarebbe dunque se non sempre impossibile, problematico e comunque irrazionale individuare ai fini della cautela la competenza "virtuale" per il merito ».